

**Reeks van de Vereniging voor Administratief Recht 103 1990 Samson H.D. Tjeenk
Willink Alphen aan den Rijn p. 28-30**

Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter

Verslag van de algemene vergadering op 21 april 1989 ter behandeling van de preadviezen van prof. mr. N.S.J. Koeman en mr. J.H.W. de Planque

Onze inspanning moet er, in de geest van William of Ockham, op gericht zijn theorieën te ontwikkelen die enerzijds een zekere helderheid bieden en die anderzijds het grootste verklarende vermogen bezitten. Het is in dat licht dat ik aan de preadviseurs een nadere vraag wil voorleggen.

De stelling dat het niet de afweerkraft der belangen maar de afweerkraft der beginselen is die de basis voor de bestuurscompensatieplicht legt. Deze stelling staat – zo is zij althans bedoeld – haaks op de in het preadvies van De Planque gelanceerde conceptie van de ‘afweerkraft’ van de door een bestuursbesluit bedreigde belangen. Sommige belangen zouden in zijn visie onvoldoende afweerkraft hebben om een besluit te keren, doch voldoende om verkrijging van een schadevergoeding te bewerkstelligen. Mijn stelling staat bovendien haaks op de kritiek van De Planque – op bladzijde 42 onderaan – op abstracte beschouwingen over toepasselijke rechtsbeginselen.

Ik ben namelijk van mening dat een theorie over de afweerkraft van belangen minder helderheid biedt dan een denkraam waarin juist de beginselen centraal staan; de beginselen beschermen immers de belangen. Zo vraag ik mij af hoe we de maatstaf voor de afweerkraft van belangen die belangen zelf zouden moeten ontwikkelen. Dit vergt naar het lijkt een juridische kwantificering van deze belangen, waardoor we – met enige overdrijving – over enkele jaren in het bestuursrecht met belangen-quanta of juridische quarks zullen moeten gaan werken. Zo zal het model van De Planque niet bedoeld zijn.

Met een afweerkrafttheorie voor de beginselen van behoorlijk bestuur is beter duidelijk te maken dat een en hetzelfde belang in méér evenredigheidsverhoudingen een rol kan spelen. Dit is noodzakelijk omdat het immers niet het (relatieve) gewicht van de belangen zelf is maar het gewicht dat we aan een evenredigheidsverhouding als zodanig toekennen, dat bepaalt of schending daarvan een besluit moet keren. In de eerste plaats kunnen we dan denken aan de evenredigheid tussen het met een besluit te dienen doel en de door dat besluit benadeelde belangen. Artikel 3.2.3 lid 2 van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht ziet op deze verhouding. Daarnaast staat de evenredigheid in de lastenverdeling tussen de door een bestuursbesluit getroffen burgers. De maatstaf is het normaal maatschappelijk risico, leidend beginsel het in de jurisprudentie bij mijn weten nog nooit genoemde streven naar ‘égalité devant les charges publiques’.

Over het feit dat artikel 3.2.3 lid 2 van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht slechts het evenredigheids- en niet het égalité-beginsel uitdrukt, bestaat tussen de Planque en mij geen verschil van mening; het doel van een besluit is binnen het égalité-beginsel domweg van geen belang. Daar vindt het utilisme van artikel 3.2.3 lid 2 zijn grens.

Door binnen een afweerkrafttheorie voor beginselen een onderscheid te maken tussen beginselen met een absolute en met een relatieve afweerkraft kan ook in abstracte zin duidelijk worden gemaakt dat elk van de twee genoemde evenredigheidsbeginselen niet alleen een geheel eigen karakter maar ook een geheel andere uitwerking heeft. *Absolute afweerkraft* houdt in dat schending van het betreffende beginsel niet door schadevergoeding kan worden voorkomen. Bij *relatieve afweerkraft* is dat wél mogelijk. Het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de minste pijn reken ik tot de beginselen met absolute afweerkraft. Het vertrouwensbeginsel en het beginsel van de égalité devant les charges publiques hebben mijns inziens een relatieve afweerkraft. De door de preadviseurs aangehaalde jurisprudentie lijkt zich goed met deze rubricering te verhouden, en, om het popperiaans te stellen, een weerlegging ervan heb ik in de jurisprudentie nog niet kunnen vinden, terwijl – en dat hoort er natuurlijk wel bij – die weerlegging, vooralsnog anders dan in het model van De Planque, theoretisch mogelijk is.

Men begrijpe mij overigens niet verkeerd: dreigende schending van beginselen met een relatieve afweerkraft moet primair nopen tot het ontwikkelen van een alternatief besluit. Pas als dat binnen het raamwerk van de beginselen met absolute afweerkraft niet lukt kan aan schadevergoeding – eerst in natura, dan in geld – worden gedacht.

Artikel 3.2.3 lid 2 van het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht probeert met andere woorden, in de blijkens de toelichting gedachte reikwijdte, eigenlijk twee beginselen met een verschillende afweerkraft, te regelen. Zo wordt mijns inziens eens te meer duidelijk dat het égalité-beginsel een zelfstandige betekenis toekomt en dat het een eigen regime behoeft.

Graag verneem ik het oordeel van De Planque over het door mij geschetste denkraam – dat ik recent met Messer, werkzaam bij het Molengraaf-instituut voor privaatrecht, heb uitgewerkt – en de daaraan ten grondslag liggende stelling.

Tot slot nog een vraag over de stelling op bladzijde 51 van het preadvies van De Planque dat indien in een schadevergoedingsregeling is voorzien, de kwestie van onevenredig nadeel niet langer bij het nemen van een besluit inzake de schadeveroorzakende handeling behoeft te worden meegenomen. Hieruit spreekt mijns inziens een te enge visie op het égalité-beginsel. Dat beginselen terugtreden waar regels tot hetzelfde doel verschijnen lijkt mij te verdedigen, maar vergeten wordt dat het égalité-beginsel een ruimere betekenis heeft en vooreerst vordert dat het intreden van onevenredig nadeel wordt *voorkomen*, terwijl in de tweede plaats de mogelijkheid van schadevergoeding in natura moet worden onderzocht; schadevergoeding in geld komt dan pas op de laatste plaats. Als een schadevergoedingsregeling slechts strekt tot schadevergoeding in geld wordt dus slechts een deel van het beginsel gedekt. Voor het overige dient het beginsel mijns inziens onverkort bij het nemen van het schadeveroorzakende besluit te worden toegepast. Opmerkelijk is overigens dat we het volgens deze zienswijze, als we ervan uitgaan dat de burgerlijke rechter rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en dus ook aan het égalité-beginsel – kan toetsen, ook zonder artikel 6.3.1.5b NBW kunnen stellen. Met het oog op de tijd laat ik dit punt verder rusten.

Mr. drs. M.A. Heldeweg